

TRABALHOS DE ALUNOS

A propriedade na Doutrina de Duguit (*)

(Exposição e Crítica)

Moacir Lobo da Costa

1. A escolha do tema desta dissertação explica-se, facilmente, como desenvolvimento do estudo sistemático da doutrina do mestre de Bordeaux, a que nos dedicamos, desde o 1.º ano do curso, na cadeira de Direito Público e Teoria Geral do Estado.

Na impossibilidade de abordar o assunto palpitante da “crítica do direito subjetivo de DUGUIT”, como fôra proposto pela ilustrada Cátedra, ante a vastidão da matéria e a escassez do tempo, limitamo-nos ao exame da doutrina de DUGUIT sôbre a propriedade, que é uma das questões mais interessantes da sua teoria geral do direito.

Exposição

2. Para DUGUIT a expressão “direito de propriedade”, consagrada pela “declaração dos direitos do homem, de 1789” e pelo Código Civil, art. 544, com o significado jurídico do instituto que os romanos denominavam *dominium*, é uma expressão vazia de conteúdo, sem correspondência com a realidade da vida jurídica.

(*) Trabalho apresentado no “Curso de Doutorado”, ao Prof. MIGUEL REALE, no ano letivo de 1952.

A subordinação da utilidade total de um bem a um fim individual, com a garantia de recurso às vias de direito para coibir qualquer atividade perturbadora de terceiros — que a doutrina tradicional conceitua como direito subjetivo de propriedade — traduz-se, em última análise, numa *situação de direito objetivo*.

No caso da propriedade, não há que se cogitar, sequer, de uma situação jurídica subjetiva, pois, não se trata de situação individual, concreta e temporária, cuja extensão seja determinada por ato intelectual do declarante.

Na realidade não se percebe mais que uma situação de fato: a subordinação da utilidade total de uma coisa a um fim determinado.

Enquanto esta subordinação existe realmente, enquanto o administrador dêse fim está, de fato, na possibilidade de usar, gozar e dispor da coisa conforme o seu fim, nenhum direito aparece, por certo.

O proprietário que se serve de sua propriedade, que cultiva seu campo, não exerce um direito.

As coisas se passariam exatamente do mesmo modo se êle não fôsse proprietário.

A questão de direito surge quando, por ato de terceiro, é criado um obstáculo ao uso e gôzo da coisa, e, o administrador do fim a que está ela subordinada, para remover o obstáculo tem de recorrer às vias de direito.

O princípio gerador desta via de direito não é, jamais, o pretendido direito subjetivo de propriedade — que não aparece enquanto nenhum embaraço é oposto à subordinação da coisa ao fim legal — mas, a regra de direito objetivo que proíbe a todos de perturbar ou impedir a utilização da coisa conforme à sua finalidade.

Esta via de direito não pode nascer do obstáculo material posto à subordinação; ela não pode encontrar sua origem e sua forma senão na lei que dirige a todos êste imperativo proibitivo: não causar atentado à subordinação de uma coisa a um certo fim.

È por que se tem verificado a existência de uma via de direito destinada a afastar os atos contrários à subordinação legal de um bem, é por se ter pretendido explicá-la pela existência de uma entidade metafísica, que se imaginou dizer que a propriedade é um direito subjetivo.

A propriedade é protegida pelo direito; mas ela não é um direito; ela é uma cousa, uma utilidade, uma riqueza.

O que o proprietário tem é uma cousa, não é um direito.

Ou êle usa e goza da cousa, sem encontrar resistência, e, então, a coação social não intervém; ou êle encontra resistência e, nêsse caso, a coação intervém, a seu pedido, para remover o obstáculo.

A propriedade, porém, é a cousa em si mesma.

Em abono de sua tese, que a propriedade não é um direito subjetivo, mas a subordinação da utilidade total de um bem a determinado fim, segundo o direito objetivo, DUGUIT invoca a opinião de THON, para quem, “a ordem jurídica não se ocupa do *proveito*, nem do *se*, nem do *como* do proveito. Sua função é afastar os empecilhos que as outras pessoas possam levantar, ilicitamente, e desempenha sua missão quando por sua defesa exprime a intangibilidade da personalidade e da cousa de outrem”

Dessa forma, estamos mais perto da realidade vendo na propriedade, não uma situação jurídica subjetiva, mas uma situação de direito objetivo, uma situação legal, isto é, uma situação cuja extensão e objeto são determinados pelo direito objetivo, uma situação de ordem geral e permanente, uma situação que envolve um conjunto de imperativos positivos e negativos para aquêle que detém a cousa a título de proprietário e para todos os outros indivíduos.

Eis, em síntese, tanto quanto possível fiel, o conceito jurídico da propriedade, fundamentado na construção cien-

tífica e positiva do direito objetivo, elaborada por DUGUIT. (1).

3. Partindo do pressuposto doutrinário que a propriedade não é um direito mas a própria coisa, e, assim, o proprietário não é titular de um direito subjetivo de propriedade em relação a terceiros, no que diz respeito à coisa, mas, encontra-se, apenas, n'uma situação de direito objetivo, protegida pela regra social que veda as perturbações de terceiros ao uso e gozo do bem, segundo sua finalidade, DUGUIT, coerentemente com os postulados filosóficos do positivismo de AUGUSTO COMTE, em que assentou os fundamentos de sua doutrina, passou ao desenvolvimento da consequência lógica daquele princípio.

Assim, o proprietário não tem o *direito* subjetivo de usar a coisa segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade, mas, o *dever* de empregá-la de acôrdo com a finalidade assinalada pela norma do direito objetivo.

É a passagem do subjetivismo para o objetivismo jurídico; o que, a seu ver, forma a característica essencial da evolução jurídica durante o primeiro quarto do século XX. (2)

E, nessa passagem, a substituição da noção de *direito subjetivo* — como um poder da vontade individual de se impor às outras vontades (a Willenstheorie de Windscheid), entidade puramente metafísica — pela do *dever social*, impôsto pela regra jurídica objetiva que decorre dos laços da solidariedade e da divisão do trabalho, cimentados pelo sentimento coletivo de justiça, que, na sua teoria, constituem a fonte geradora do direito.

O problema é posto nos estritos têrmos do positivismo de Comte, consoante a frase celebre — “Nul ne possède

(1) Traité de Droit Constitutionnel, 3.e ed. 1927, tome I, pgs. 445 a 450.

(2) Traité, I, pg. 24.

plus d'autre droit que celui de faire toujours son devoir” — citada, aliás, por DUGUIT. (3)

Para Augusto Comte, “em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam, por sua vez, obrigações e pretensões. Este princípio universal deve certamente estender-se até a propriedade, na qual o positivismo, vê, acima de tudo, uma indispensável *função social* destinada a formar e a administrar os capitais, com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte.” (4)

Tomando êsse enunciado de AUGUSTO COMTE como tema da sexta e última das memoráveis conferências que pronunciou em 1911 na Faculdade de Direito de Buenos Aires, reunidas posteriormente em livro sob o título “Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon” (5), Duguit explanou, pormenorizadamente, a sua doutrina sôbre a *função social* da propriedade.

Assim, nas sociedades modernas, em que tem chegado a imperar a consciência clara e profunda da interdependência social, como a liberdade é o dever para o indivíduo de empregar sua atividade física, intelectual e moral no desenvolvimento desta interdependência, assim, também, a propriedade é, para todo possuidor de uma riqueza, o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social.

Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, em razão direta do lugar que nela ocupa.

O possuidor da riqueza, como tal, pode realizar um certo trabalho, no sentido de aumentar a riqueza geral,

(3) Manuel de droit constitutionnel, 4.º ed. 1923, pg. 13.

(4) A. COMTE, “Système de politique positive”, ed. 1892, t. I, pg. 156.

(5) 1.º ed. 1912, 2.º ed. 1920, pg. 156 e seguintes.

fazendo valer o capital que possui. Está, pois, obrigado socialmente a realizar esta tarefa, e não será protegido pela coação social, editada pelo direito objetivo, senão quando a realizar e na medida em que a realiza.

“A propriedade não é, pois, o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza”.

Nessas condições, o direito positivo não protege o pretendido direito subjetivo do proprietário; porém, garante a liberdade do possuidor de uma riqueza para cumprir a função social que lhe incumbe pelo fato mesmo dessa posse, e, por isso, é que se pode chegar à conclusão que a tendência contemporânea do direito é para a socialização da propriedade.

A fim de afastar possíveis mal-entendidos, Duguit tem o cuidado de advertir que, nesse estudo, apenas considera aquela propriedade que os economistas denominam propriedade dos objetos de consumo, por apresentar um caráter absolutamente diferente, e, portanto, não seria exato dizer que evolui no sentido da socialização.

Em segundo lugar, com respeito ao emprêgo do vocábulo *socialista*, na frase em que declara estar se elaborando, atualmente, um sistema jurídico fundado sôbre uma concepção essencialmente *socialista* da propriedade, não implica, no seu pensamento, nenhuma adesão a qualquer partido socialista, mas assinala, sòmente, a oposição entre um sistema jurídico fundado sôbre a idéia do direito subjetivo do indivíduo e o fundado sôbre a idéia de uma regra *social* que se impõe ao indivíduo. — Socialista no sentido de social.

A palavra é empregada à falta de outra para expressar aquela idéia; afastado, porém, o seu significado político. (6)

(6) L. BAGOLINI, — Introdução à trad. italiana do livro de DUGUIT, “Il diritto sociale e la trasformazione dello Stato”, Firenze, 1950, pg. 14.

Finalmente, que a tendência para a socialização da propriedade, no sentido da sua função social, não importa na supressão da propriedade individual.

Não disse, nem escrevi jamais — afirma DUGUIT — que a situação econômica que representa a propriedade individual deva desaparecer; digo somente que a noção jurídica sobre a qual assenta sua proteção está se modificando. Apesar do que, a propriedade individual persiste protegida contra todos os atentados, inclusive contra os que procedem do poder público.

Dest'arte, o conteúdo da propriedade-função se reduz no seguinte: o proprietário tem o dever, e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais, e especialmente das suas próprias, de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não se olvide, com efeito, que a intensidade da divisão do trabalho social está em razão direta da intensidade da atividade individual. E tem também o dever, e, por conseguinte, o poder de empregar a coisa de sua propriedade na satisfação de necessidades comuns, de uma coletividade nacional ou de grupos secundários.

Antes de tudo, o proprietário tem o dever e o poder de empregar sua riqueza na satisfação de suas necessidades individuais. Bem entendido, porém, que não se trata senão dos atos que correspondem ao exercício da liberdade individual, tal como foi anteriormente definida, ou seja, o livre desenvolvimento da atividade individual no sentido da interdependência social.

Os atos realizados em vista d'êste fim serão protegidos. Aquêles que não tenderem a êste fim, e, por outro lado, não se destinarem a um fim de utilidade coletiva, serão contrários à lei da propriedade e poderão dar lugar a uma repressão ou a uma reparação.

DUGUIT registra a objeção que lhe tem sido formulada por alguns de seus colegas — “compreendemos vossa opi-

nião, admitimos, inclusive, que caminhamos para um sistema de direito em que a propriedade terá por fundamento a obrigação do proprietário de cumprir uma certa função. Porém, ainda não chegamos a êsse ponto e a prova é que nenhuma legislação impõe ao proprietário a obrigação de cultivar seu campo, de conservar sua casa, de fazer valer seus capitais; e, na verdade, essa seria a consequência logicamente necessária da noção da propriedade-função;" (7) — e responde: a objeção não me intranquiliza. Do fato de ainda não existir lei que obrigue diretamente o proprietário a cultivar seu campo, a conservar suas casas em bom estado, a fazer valer seus capitais, não se pode inferir a conclusão de que a noção de função social não tenha já substituído a noção de direito subjetivo, no que se refere à propriedade.

"A lei não interveio, porque a necessidade ainda não se fez sentir."

Quando, entretanto, se apresentar a ocasião do legislador traçar limites ao uso da propriedade e impor obrigações ao proprietário, para a satisfação do interesse social, ninguém poderá, certamente, discutir a legitimidade dessa intervenção.

É que a propriedade deixou de ser aquêle direito absoluto e intangível do indivíduo sobre a coisa possuída, direito subjetivo, metafísico e individualista, para se tornar uma situação jurídica objetiva, da subordinação de um bem a um fim, individual ou coletivo, coercitivamente assegurada pela sociedade, à vista de sua coincidência com o interesse social.

Crítica

4. A doutrina de DUGUR sobre a propriedade tem sido objeto das mais vivas críticas da parte de eminentes juristas que se dedicaram ao exame do conceito da "proprieda-

(7) Cfrs. G. JÉZE — *in* "Revue du droit public", 1909, pg. 193.

de-função” em substituição à noção tradicional do “direito de propriedade”.

Em primeiro lugar FRANÇOIS GENY assinala que, na crítica de Duguit à noção de direito subjetivo, não se trata de um dado fundamental da natureza ou da razão, mas de *um jogo de conceitos*, seguido de uma definição terminológica. (8)

E JEAN DABIN, em livro recente (9), onde apresenta a análise mais completa e percusciente da opinião de DUGURR, observa que, segundo aquela doutrina, mesmo quando surja um benefício, para um individuo determinado, da aplicação da regra (e é o caso mais frequente), o direito objetivo não confere, jamais, direito subjetivo: êle se contenta de ser a norma que edita preceitos e proibições, sancionados, em caso de violação, pelas vias do direito abertas às pessoas designadas para êsse efeito. Juridicamente, não haveria direito à vida, ao uso exclusivo dos bens, aos serviços prometidos, direitos protegidos por tantas vias de direito; só seria protegida a *regra objetiva* que interdita a prática de atentados à vida, ao uso dos bens e obriga a prestação dos serviços prometidos.

“Questão de conceitos”, por consequência: a vida do individuo, seus bens, seus créditos não serão menos protegidos e de modo tão enérgico quanto na explicação tradicional, e é, seguramente, o essencial.

Resta a ver se a explicação nova é mais representativa da realidade, mais exata e mais simples do que a antiga, ou se a querela de conceitos não mascara, antes, uma querela de palavras. JEAN DABIN declara que, de sua parte, acredita n’uma querela de palavras fundada, além do mais, sôbre um mal-entendido. (10)

(8) F. GENY, “Science et technique en droit privé positif”, ed. 1924, tome IV, pg. 186.

(9) J. DABIN, “Le droit subjectif”, Paris, 1952, pg. 19.

(10) J. DABIN, op. cit., pg. 23.

E prossegue: DUGUIT se recusa a admitir o conceito de um *direito* à vida, de um direito ao uso próprio das cousas, de um *direito* à prestação de serviços, etc.; o individuo estaria somente em uma situação que o autoriza a pôr em movimento o mecanismo da coação prevista pela norma em caso de atentado àqueles *interesses*. Não é isso, na realidade, a mesma idéia? Não é reconhecer ao individuo um direito subjetivo a êsses interesses?

DUGUIT nos disse: “A propriedade é protegida pelo direito, mas, ela não é um direito; ela é uma cousa; o que o proprietário tem é uma cousa, não é um direito. A propriedade é a cousa em si mesma.” — Sem dúvida, objetiva-lhe JEAN DABIN, o proprietário tem uma cousa. Mas, desde logo, é *êle* que a possui e não um outro; neste sentido a cousa é *sua*, ela lhe pertence, ela lhe é própria; ela não é de outrém e ela não é comum. Em outras palavras, o proprietário tem a utilização privativa *como oponível* a quem quer que seja; a qualquer um está vedado perturbá-lo no livre uso daquilo que é sua cousa. Eis porque, ao contrário do usurpador que pode ter igualmente a utilização própria de uma cousa, êle é chamado *proprietário*, titular de um direito, respeitável por todos, que se denomina direito de propriedade. E é porque êle tem êsse direito que a lei lhe atribui, em caso de usurpação ou de perturbação, as vias de direito para garanti-lo; estas não são mais que a continuação, a consequência do direito próprio e pessoal, do direito subjetivo reconhecido ao proprietário. Como, então, negar a existência de um direito subjetivo a essas vias de direito nos casos em que o direito objetivo as prevê? (11)

Mas, JEAN DABIN leva mais longe sua análise da doutrina de DUGUIT. Aprofundando a discussão, nô campo da investigação filosófica, êle põe de relêvo o erro inicial da doutrina. Segundo DUGUIT o homem é um ser social; não pode viver senão em sociedade e sempre tem vivido em so-

(11) J. DABIN, op. cit., pg. 23.

cidade; o indivíduo não pode ter direitos senão quando vive em sociedade e porque vive em sociedade; falar de direitos anteriores à sociedade é falar de nada. Robinson em sua ilha não tem direitos. (12)

Ora, adverte DABIN, não confundamos o homem *isolado*, que não existe, e o homem *individual*, que é uma realidade. É o homem individual que é o homem *social*, e êle é individual *antes* de ser social, — como, também, são homens individuais antes de ser sociais, os homens com os quais êle entra em contacto, cada um obedecendo, de seu lado, à tendência *social* de seu ser *individual*.

Ora, à simples observação, o ser humano individual nos aparece dotado de certos *poderes*, pelos quais, precisamente êle existe: vida, faculdades corporais, intelectuais. e, também, de certas *necessidades*, tudo o que é necessário, precisamente, à manutenção e ao desenvolvimento dessa vida e dessas faculdades, compreendendo-se uma certa *utilização privativa* de bens exteriores. O homem individual vive, por consequência, move-se, pensa, age, nutre-se e consome. Tais são as “propriedades” inherentes à natureza humana individual, que é bastante observar, como basta observar a tendência social — ao avizinhamiento, à troca, à colaboração, ao agrupamento — do ser humano individual, sem que fôsse preciso recorrer, contrariamente ao engano de DUGUIT, a qualquer argumento de ordem metafísica. (13)

Em consequência, conclui Dabin, na medida onde o direito objetivo jurídico protege — e deve proteger — a utilização livre e plena das cousas materiais, em proveito de um sujeito determinado, êle consagra, sem dúvida, o direito subjetivo de propriedade; mas, na medida onde êle

(12) DUGUIT, “Les transformations générales du droit privé”, 2.^o ed., pg. 32.

“Traité” I, pg. 212.

(13) J. DABIN, op. cit., pgs. 38-39.

limita — e deve limitar — esta plena liberdade de utilização, gravando de encargos ou de desmembramentos a propriedade, ou impedindo-a de se voltar contra outrém ou contra a comunidade, êle atrai o direito subjetivo de propriedade para a linha do “social” Não há nada de contraditório, nem na idéia de uma “socialização” (“sensu lato”) do direito subjetivo, nem na de uma autonomia limitada segundo as exigências, além do mais, variadas e moveidas, progressivas, da vida social. Não é esta a solução adequada à natureza real do homem, que è, ao mesmo tempo, *individual e social?* (14)

Entre nós, RUY SODRÉ, fazendo estudo critico do conceito da propriedade-função proposto por DUGUIT, chegou à mesma conclusão de JEAN DABIN: “O conceito de função social, a nosso ver, está sendo difundido e aceito, ampliando-se de uma maneira exagerada e mesmo perigosa, a sua noção. Esse exagero, mormente no tocante à conceituação da propriedade, necessita ser contido.

Deve haver, no conceito exato da propriedade, uma justa e perfeita harmonia entre os dois elementos que a compõem e integram: — o individual e o social.” (15)

Quanto à negação dos direitos subjetivos e sua substituição pelos deveres sociais que decorrem da situação jurídica subjetiva, HAROLD LASKI observou: “La négation des droits subjectifs, par Duguit, est plus terminologique que réelle. J’ai, dit-il, l’obligation de contribuer de toutes mes forces au progrès de la solidarité sociale. Ensuite, il énumère les conditions requises afin d’obtenir la contribution plein et entière à ce but. Une analyse exacte révèle que la liste qu’il établit est une liste de conditions nommées droits dans les autres systèmes. La seule différence qu’on peut découvrir dans leur caractère est que Duguit les rattache à un but qui réside en dehors de l’individu, tandis que

(14) J. DABIN, op. cit., pg. 54.

(15) RUY SODRÉ, “Função Social da Propriedade Privada” tese, S. Paulo, s. d., pg. 75.

«dans le système classique on considère l'individu comme un fin, en conséquence, on établit que les droits coexistent à la personnalité.» (16)

5. A respeito da teoria da propriedade-função, exposta por DUGUIT como sendo um desenvolvimento dos postulados filosóficos do positivismo, GASTON MORIN se encarregou de apontar o engano do mestre: contrariamente ao que parece crer DUGUIT, não é a AUGUSTO COMTE que se deve atribuir a paternidade da idéia da propriedade-função. Encontra-se esta idéia, sob terminologia um pouco diferente, em SÃO TOMAZ DE AQUINO, para quem, os bens apropriados individualmente têm um destino comum, que o homem deve absolutamente respeitar.

A propriedade está então ao serviço do bem comum, da utilidade geral. É bem a idéia da função social que aparece. Somente, esta função social não absorve toda a propriedade, como no sistema de DUGUIT. Para os teólogos, *a propriedade não é uma função social, ela tem uma função social*, mas, também, um fim de utilidade individual para o proprietário, cujo direito subjetivo é mantido, este direito subjetivo que DUGUIT, por seu sistema filosófico, condenou a desaparecer. (17)

Esta é, com efeito, a doutrina da Igreja. (18)

Mas, prossegue GASTON MORIN, se, ao contrário, a gente se liberta de todo “a priori” filosófico para observar o movimento dos fatos, das leis e da jurisprudência, na hora atual, sobre o terreno da propriedade, verifica-se que se a propriedade comporta, cada vez mais, restrições e obriga-

(16) H. LASKI, “La conception de l’État de Léon Duguit”, in “Archives de Philosophie du droit”, nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 127.

(17) G. MORIN, “L’oeuvre de Duguit et le droit privé”, in “Archives de Philosophie du droit”, nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 158.

(18) Cfrs. a Encíclica “Quadragesimo Anno” de Pio XI; — “A Doutrina Social da Igreja” de G. C. RUTTEN O. P.; o “Código Social” de Malines, arts. 74 a 78, e o opúsculo de RUY SOBRÉ “Função Social da Propriedade Privada”.

ções no interesse geral, entretanto, ela confere ainda hoje uma esfera de autonomia a seu titular.

De onde, a noção doutrinária da propriedade, que parece em harmonia com o direito positivo legal e jurisprudencial, é a de um poder que participa, ao mesmo tempo, do direito (liberdade no interesse de seu titular) e da função (obrigação ao serviço de terceiros). (19)

N'um estudo mais recente Gaston Morin reafirmou, a propósito da doutrina de DURUIT, que, se a propriedade comporta, cada vez mais, restrições e obrigações no interesse da coletividade, entretanto, ela deixa ainda ao proprietário uma certa autonomia. Ela permanece para êle um direito, isto é uma liberdade.

A teoria de DUGUIT não dá o fundamento jurídico para as prerrogativas conservadas pelo proprietário. (20)

Todavia, quanto ao elemento *função*, que admitira anteriormente, como integrando o conceito jurídico da propriedade, aquêle jurista modificou seu entendimento, no sentido de excluí-lo do conceito.

Introduzir a idéia de função no conceito de direito subjetivo, escreveu êle, é integrar uma contradição em sua estrutura. Porque o direito é uma liberdade no interesse de seu titular e a função uma obrigação no serviço de outras pessoas que não o funcionário. A lógica exige a escolha entre o conceito de direito e o de função. É impossível acumular os dois. (21)

Também, para GEORGES RIPERT, aquêles que querem ver na propriedade uma função social não fazem a distinção necessária entre a definição de um direito e a subordinação de um bem. O proprietário pode subordinar seu bem a um certo empreendimento e o legislador tem a vigilância

(19) G. MORIN, op. cit., pg. 159.

(20) G. MORIN, "Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété", in "Le droit privé français au milieu du XXe. siècle", études offertes à Georges Ripert, Paris, 1950, tome II, pg. 13.

(21) G. MORIN, op. cit., pg. 14.

das emprêsas no interêsse público. Mas o proprietário de uma casa de campo, de um automovel de luxo, aquêle que guarda valores mobiliários ou ouro em um cofre não desempenha uma função social. E se se pretende forçá-lo, contra a vontade, a desempenhar essa função, destróe-se o seu direito. Vê-se, por aí, que hipocrisia latente encobre a teoria da propriedade função social. (22)

Passou desapercibida a RIPERT a advertência de DUGUIT que a teoria da propriedade-função só vizava à propriedade dos bens capitalistas, isto é. os destinados à reprodução, e não à propriedade dos bens de consumo.

Para JEAN DABIN o direito não se torna função social, no todo ou em parte, pelo fato de ser limitado ou condicionado no interêsse social. Este temperamento não muda nem a natureza nem a função do direito, que permanece, para o resto, ao serviço de seu titular, exclusivamente. A extensão do direito será menos larga, eis tudo. (23)

Conclusão

6. Superada a querela terminológica e conceitual a propósito da propriedade como um direito subjetivo ou como uma situação jurídica objetiva e afastado o sectarismo filosófico que a inspirou, é inegável que a doutrina de DUGUIT sôbre a função social da propriedade contém um fundo de verdade, como a história se encarregou de demonstrar.

A socialização da propriedade — no sentido proposto por DUGUIT — é hoje um fato inelutável. Apenas, como distinguem os escolásticos, a propriedade *não é* uma função social mas *tem* uma função social.

(22) G. RIPERT, "Le déclin du droit", Paris, 949, pgs. 196-7.

(23) J. DABIN, *op. cit.*, pg. 220.

Já HAURIU observara que, no mais individualista dos direitos individuais, no direito de propriedade, o elemento função está oculto. (24)

O êrro de DUGUIT foi de pretender abolir a noção de direito de propriedade.

A propriedade, por certo, é a cousa possuída, mas o proprietário que a possui tem o direito, oponível a todos, de possuí-la com exclusividade.

A função social da propriedade não exclui o direito do proprietário, apenas limita o emprêgo da propriedade, tendo em vista o interêsse geral.

São de ACHILLE MESTRE as seguintes observações: “il est en effet constant que la conception de la propriété est en voie de modification, que l'idée de fonction sociale y a pénétré comme dans tous les droits, mais elle n'a point cessé pour cela d'être un droit”. (25)

“La fonction sociale, l'utilité sociale de la propriété privée, sont aujourd'hui reconnues par tous et à cet égard, la pensée de Duguit est certainement dans le sens des tendances juridiques et économiques contemporaines. Mais, l'exagération de ses formules nous semble manifeste. De ce que la propriété *comporte* à la charge de son titulaire certains devoirs, il n'en résulte pas qu'elle est une obligation”. (26)

DUGUIT afirmou, nas suas conferências de Buenos Aires, que a propriedade já não é, no direito moderno, aquêlo direito intangível, absoluto, que o homem que possui a riqueza tem sôbre ela. O proprietário, isto é, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir esta riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre essa missão seus atos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre, ou

(24) M. HAURIU, “Principes de droit public”, 1910, pg. 38.

(25) A. MESTRE, “Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit”, in “Archives de philosophie du droit”, nrs. 1 e 2, 1932, pg. 165.

(26) A. MESTRE, op. cit., pg. 166.

a cumpre mal, se, por exemplo não cultiva sua terra ou deixa arruinar-se sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprêgo das riquezas que possui conforme a seu destino. (27)

E, respondendo aos que lhe objetavam não haver preceito legal algum impondo o cumprimento dessa função social ao proprietário, ponderou que a intervenção da lei só se verificaria quando as necessidades sociais se fizessem sentir. (28)

A êsse respeito DUGUIT não se equivocou e sua afirmativa foi como uma profecia.

Por tôda a parte, na França inclusive, a intervenção legislativa no outr'ora "sagrado" direito de propriedade, com o objetivo de ajustá-lo às necessidades sociais, é acontecimento corriqueiro que não causa mais espécie aos juristas.

Ao contrário, com raras exceções — entre êstes Ripert, que vê no acolhimento, pelos juristas, dessa intervenção legislativa, um sinal do declínio do direito (29) e G. MORIN que a interpreta como o declínio da ordem jurídica latina (30) — o certo é que a muitos dêles, êsse fato revela, apenas, uma fase de transformação por que está passando o direito privado com seus vários institutos, entre os quais o da propriedade.

Assim, RENÉ SAVATIER, em dois livros notáveis, cujos títulos traduzem, com fidelidade, o espírito e o sentido das modificações introduzidas no direito civil — "Du Droit Civil au Droit Public" (31) e "Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui" (32) — exa-

(27) DUGUIT, "Les transformations", pg. 35; *Traité*, III, 618.

(28) DUGUIT, *op. cit.*, pg. 180; *Traité*, III, 620.

(29) G. RIPERT — "Le déclin du droit", pg. 222.

(30) G. MORIN, *op. cit.*, pg. 16.

(31) 2.^e ed. Paris, 1950.

(32) 2.^e ed. Paris, 1952.

minando a posição atual do proprietário de bens, em face da legislação, escreveu: “Le propriétaire n’est plus l’homme ayant des droits absolus sur son bien, maître de le détruire et de le laisser inactif. Il y a aujourd’hui, dans la plupart des pays, et notamment en France, une série de lois qui obligent le propriétaire à consacrer sa propriété à l’intérêt générale; qui lui interdisent de la détruire, dans certains cas; ou même de la modifier; qui lui défendent, souvent, de la vendre et d’en disposer librement; qui l’obligent à la rendre utile, qui le rendent responsable des dommages causés par ses biens. Le propriétaire apparaît ainsi, même en tant qu’individu et à l’intérieur du droit civil, comme chargé d’un service public” (33)

E, noutro passo: “même dans le champ qui lui reste, la propriété individuelle a singulièrement changé de nature. Au lieu d’être égoïste, comme elle le fut dans sa jeunesse — la jeunesse est volontiers l’âge de l’égoïsme, car l’homme y’a pour rôle son développement individuel en vue des tâches sociales qu’il remplira plus tard — la propriété individuelle doit elle-même se mettre au service public. Et il y a sur ce point tout une législation”. (34)

Quanto à modificação do caráter da propriedade, são incisivas estas suas considerações: “Cette mystique du “caractère inviolable et sacré de la propriété” ne correspond plus aux faits. D’une part, dans notre société le propriétaire, loin d’être un maître souverain de son bien apparaît comme chargé d’un service social, dont ce bien devient l’instrument. D’autre part, l’humainisé a pris conscience de ce que la propriété, qui est seulement matière, ne fructifié que par le travail de l’homme; la main-d’oeuvre humaine re-

(33) R. SAVATIER, “Du Droit civil au droit public”, 2.^a ed., pg. 13.

(34) R. SAVATIER, *op. cit.*, pg. 50.

vendique donc sa revanche contre la sujétion que lui avait imposée la mystique de la propriété”. (35)

Outro eminente jurista, MARCEL WALINE, estudando o problema do individualismo em face das tendências do direito moderno, (36) ao tratar da propriedade, no capítulo sob o sugestivo título “Le recul actuel de la conception individualiste de la propriété”, depois de assinalar que “Il serait trop long et fastidieux d’étudier toutes les restrictions que les lois récentes ont apportées à l’exercice du droit de propriété, ou de toutes celles que l’administration peut, d’après la jurisprudence, y apporter”, arremata: “on pourrait multiplier ces exemples, qui montrent combien la liberté du propriétaire subit aujourd’hui de restrictions, combien on est loin de la propriété absolue dont parlait l’article 544”. (37)

E mais adiante, examinando a “Evolufion de la propriété vers la notions de capital”, encerra o capítulo com esta frase: “En tout cas, on est loin de l’idée de la souveraineté du propriétaire sur son bien, qui régnait à l’époque du Code; il y a en là recul très marqués de l’individualisme”. (38)

Se é verdade que o tempo se encarregou de confirmar os prognósticos de DUGUIT, do que dão testemunho as observações supra-transcritas de dois acatados mestres de direito, menos verdade não é, também, que só os confirmou em parte.

O direito de propriedade persiste como um direito subjetivo do titular. As restrições impostas pela legislação, em vista das necessidades sociais, não foram ao ponto de suprimi-lo.

(35) R. SAVATIER, “Les métamorphoses du droit civil”, 2.^e ed., pg. 204.

(36) M. WALINE, “L’individualisme et le droit”, 2.^e ed., Paris, 1949.

(37) M. WALINE, *op. cit.*, pg. 346.

(38) M. WALINE, *op. cit.*, pg. 348.

Como observa ACHILLE MESTRE “Au contraire, en l'état actuel de notre droit privé, il y a dans le droit de propriété un residu individuel inéluctable qui laisse une place considérable à la satisfaction des intérêts purement privés de son titulaire”. (39)

Para remate deste despretencioso estudo lembraremos a linha evolutiva do direito de propriedade no Brasil, orientando-se no sentido da “socialização” de DUGUIT, ou seja da predominância do social sobre o individual.

A Constituição de 1891, promulgada no fastígio do liberalismo individualista, declarava no art. 72, § 17 —“O direito de propriedade mantém-se *em toda a sua plenitude*, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

E o Código Civil, fiel a esse princípio, estabeleceu no art. 524, que a “lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispôr de seus bens”.

A guerra de 18 e a revolução de 30, com tôdas as suas consequências, contribuíram, decisivamente, para colocar o problema do “social” no campo das relações jurídicas, até então dominado, exclusivamente, pela idéia dos direitos individuais.

O “projeto” enviado pelo Govêrno provisório à Assembléia Nacional Constituinte, em novembro de 1933, chamado “projeto Itamaraty”, inspirou-se, francamente, na doutrina de DUGUIT e propôs: art. 114, “É garantido o direito de propriedade, com o conteúdo e os limites que a lei determinar; “ § 1º “A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo.”

A Constituição de 1934, porém, não aceitou o radicalismo do “projeto”; ficou a meio do caminho, com esta declaração: art. 113, nº 17, “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.”

(39) A. MESTRE, op. cit., pg. 168.

Estava, entretanto, reconhecida e facultada a intervenção do legislador nos “domínios” do proprietário para assegurar o bem estar social.

A Constituição de 1946 colocou o problema, a nosso ver, nos seus exatos e precisos termos, em face da doutrina dominante sôbre a propriedade.

Assim, no art. 141, § 16 dispôs: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por *interêsse social*, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”

O direito de propriedade é mantido, mas o *interêsse social* é admitido como justa causa para determinar a desapropriação, ou seja, que o direito do indivíduo sôbre a coisa deverá ceder ante o interêsse da sociedade. (40).

E, no artigo 147, reconhecendo, implicitamente, que a propriedade tem uma função social, prescreveu: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.”

É uma das mais importantes restrições opostas ao direito consagrado no art. 524 do Código Civil. O direito de propriedade existe, apenas, sem o caráter de direito individual, absoluto e intangível, especialmente quanto ao uso que o proprietário possa fazer da coisa própria. (41)

Como disse PEDRO CALMON, “o instituto da propriedade mudou de rótulo. Deixou de ser uma regalia do homem solitário para ser uma utilidade conjugada do dono da coisa e da coletividade que não pode êle prejudicar”. (42)

(40) Cfrs. CARLOS MEDEIROS SILVA — “A desapropriação por interêsse social”, in Rev. Forense, 144/7 a 15.

(41) Cfrs. WALDEMAR FERREIRA, “O conteúdo econômico da Constituição de 1946”, in Rev. Forense, 122/17.

THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, “A ordem econômica nas Constituições”, in Rev. Forense, 122/342.

(42) PEDRO CALMON, “Curso de direito constitucional brasileiro”, 2.^a ed. Rio, 1951, pg. 294.

THEMISTOCLES CAVALCANTI, discípulo de DUGUIT, e um dos colaboradores do chamado “projeto Itamaraty”, interpreta a declaração do art. 147 da Constituição vigente, como o reconhecimento de que “é a propriedade uma função social, bem coletivo sob a apropriação individual.” (43)

É flagrante o exagero do intérprete, sob a inspiração sectária da doutrina.

Atribuir uma função social à propriedade não importa em transformá-la ou confundi-la com essa função.

Pensamos que a verdade ainda se encontra na doutrina da Igreja — “Não é das leis humanas, mas da natureza, que dimana o direito da propriedade individual; a autoridade pública não a pode portanto abolir: o mais que pode é moderar-lhe o uso e harmonizá-lo com o bem comum.” (44)

E foi o que fez a Constituição de 1946.

(43) THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, “A Const. Federal Comentada”, 2.^a ed. Rio, 1952, vol. III, pg. 307.

(44) LEÃO XIII, “Rerum Novarum”.
Pio XI, — “Quadragesimo Anno”.